

PRESENTACIÓN DEL SEMINARIO

ANTONIO OJEDA AVILÉS*

Comenzó con Piore y Doeringer, cuando nos hablaron de los mercados secundarios de empleo. Con ellos supimos que la hasta el momento uniforme clase obrera se hallaba dividida en dos categorías respecto a la calidad de sus empleos: la de los trabajos buenos, por tiempo indefinido y jornada completa, en empresas de sólidas finanzas, y la de los trabajos «inestables, temporales, con salarios relativamente bajos y condiciones de trabajo frecuentemente malas»¹. Luego, con la globalización, constatamos que la crisis afectaba a todos los trabajadores y a las empresas en su conjunto, y pues incluso las grandes firmas debían adaptarse a la precariedad para competir, ya que ninguna estaba a salvo de la quiebra o la absorción. En el momento presente podemos decir, y se dice, que el contrato de trabajo típico ya se ha vuelto atípico, del mismo modo que decimos que la jubilación ordinaria a los 65 años se ha vuelto extraordinaria a causa de las jubilaciones anticipadas y especiales. El Derecho Social ha perdido su núcleo duro, la clase obrera industrial, para extenderse de manera multiforme hacia numerosas categorías y tipos que llevan a hablar del trabajo en general, e incluso a codificar la legislación de «los trabajos», con independencia de si se trata de subordinados, profesionales, o autónomos².

Todo esto lo había sufrido la Seguridad Social mucho antes, en su despedazamiento en regímenes, en su protección a los trabajadores autónomos, en los tratamientos desiguales dentro de un mismo régimen, incluso en los niveles de protección. Incluso ofrecía a nivel transfronterizo algunas situaciones especiales más, como la de los desplazados a otro país o la de los trabajadores fronterizos. Sin embargo los embates de la globalización han hecho mella de la misma forma que en el Derecho del Trabajo en lo que respecta al tratamiento del mercado secundario. La proliferación del trabajo marginal y precario pone sobre el tapete

* Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Sevilla.

¹ MEYERS, «Quelques aspects des problèmes de l'emploi aux États Unis», *Revue Française des Affaires Sociales* 3 (1970), 67; WATANABE, «Subcontratación, industrialización y creación de empleo», *Revista Internacional del Trabajo* 84 (1971), 63.

² PEDRAZZOLI (dir.), *Codice dei Lavori*, Milán 2001.

la solución urgente de rotundas lagunas en la protección de estos grupos numerosos de trabajadores, pues la Seguridad Social, igual que el Derecho del Trabajo, se hizo pensando en el trabajador cuya vida laboral comenzaba y terminaba en la misma empresa. Los fenómenos que han trastocado el panorama no se reducen, empero, a precarizar el trabajo estable, sino que afectan a otras cuestiones igualmente importantes de la relación laboral y aseguratoria. Podemos distinguir al menos tres cambios principales:

a) El *outsourcing* o descentralización del trabajo subordinado. La empresa se vacía de trabajadores y conecta con una multitud de «colaboradores» vinculados por una multitud de figuras jurídicas, y el contrato de trabajo queda cada vez más como la relación del núcleo estable de personas que permanecen en la empresa. El trabajador se acostumbra a la multifuncionalidad dentro de la empresa y a prestar dos o más trabajos en uno o más sectores de actividad, en lo que se llama pluriempleo y pluriactividad. La totalización de cotizaciones en los diversos empleos y regímenes, y el reconocimiento de las prestaciones en base a ellas plantean problemas específicos todavía no resueltos debidamente.

b) La autonomía en la prestación del trabajo. La expansión de figuras mercantiles, como el agente, el vendedor o el representante, y el uso masivo de las nuevas tecnologías, han dotado de gran libertad de movimientos al trabajador moderno que usa el ordenador y el teléfono móvil como herramientas habituales en su contacto con el empresario. La jornada se diluye, los horarios también, y el cálculo del tiempo trabajado y de la cotización debida se torna un problema para las entidades gestoras de la seguridad social.

c) El empresario difuso, fragmentado en numerosas sociedades merced al grupo de empresas, a la franquicia, a la subcontratación, o a la red de empresas, es la nueva realidad de nuestro tiempo. La responsabilidad laboral y aseguratoria se diluye entre varios empresarios, y el Ordenamiento comienza a reaccionar vinculando a todos ellos mediante la responsabilidad solidaria o mancomunada, pero con demasiadas cautelas que impacientan a los especialistas. El trabajador se vuelve *intersticial*, adosado a varios empresarios sin estar plenamente vinculado a ninguno de ellos. Controlar adecuadamente las responsabilidades de cada empresario en orden a cotizaciones y a prestaciones, y elaborar rigurosamente la carrera de seguro de esos trabajadores, exige un profundo conocimiento de la realidad por las entidades gestoras, que además deben confiar en la colaboración de las empresas para administrar el elevado número y variedad de transacciones existentes.

Cuando los tres factores antedichos alcanzan un nivel máximo, como sucede en nuestro tiempo, seguir hablando de trabajos atípicos y de su carrera de seguro es probablemente una falacia. Es cierto que el trabajo estable y a jornada completa continúa predominando, pero las demás modalidades del trabajo productivo han dejado de ser la excepción para convertirse en un fenómeno que podríamos considerar «ampliamente minoritario». Se habla del trabajo a la carta, y algunas modalidades que antes se apodaban como precarias ahora se aplican sin

ningún rubor para alcanzar el pleno empleo. El elevado porcentaje holandés de empleos a tiempo parcial se exhibe con orgullo como parte del «milagroso *Poldermodel*»³, y la ley alemana de 1 de enero de 2001, sobre tiempo parcial y contratos temporales, busca claramente la creación de empleo y el aumento de trabajadores masculinos a tiempo parcial⁴, pero en Francia las encuestas señalan que los ciudadanos comienzan a estar preocupados por la baja calidad de los empleos.

¿Cómo trata la Seguridad Social a todos estos colectivos que ya no son de ninguna manera residuales? ¿Qué respuestas existen en las leyes nacionales y en el Reglamento 1.408 ante sus múltiples facetas? Por una parte hemos de aquilatar hasta qué punto se hallan adecuadamente protegidos, lo cual debe hacerse desde la perspectiva del principio de igualdad y de proporcionalidad, y hemos asimismo de valorar, por otra parte, hasta qué punto las entidades gestoras pueden hacer frente a una protección adecuada de personas cuya carrera de seguro fluctúa en altibajos, lo que debe hacerse bajo el principio, expresado por el Tribunal de Justicia Europeo en sus sentencias Kohll y Decker, del equilibrio financiero de los sistemas nacionales. Los análisis desarrollados en los últimos años a nivel europeo han abordado la problemática desde un enfoque principalmente subjetivo, en el sentido de analizar a los grupos de trabajadores atípicos más significativos, en lugar de proceder a un análisis objetivo, según los tipos de cuestiones que plantean. Así, merecen recordarse las Conferencias Europeas sobre Seguridad Social que han tratado monográficamente de los problemas de la coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social respecto a los trabajadores autónomos⁵, y de los trabajadores desplazados (*posted*) frente a la coordinación de los sistemas nacionales de seguridad social⁶, además de algunos tratamientos aislados o circulares en otras conferencias⁷, pero tales análisis

³ Cfr. T. WILTHAGEN y M. HELMSTRIJD, «Paesi Bassi», en *Giornale di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali* 4 (2000), monográfico sobre trabajo a tiempo parcial, pág. 636.

⁴ Explanatory Memorandum BT-Drs. 14/4374, pág. 11. A. JACOBS y M. SCHMIDT, «The Right to Part-time Work: Netherlands and Germany compared», *The International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations* 17/3 (2001), pág. 373.

⁵ VVAA, *The free movement of the self-employed within the European Union and the co-ordination of national social security systems*, Atenas 2000.

⁶ VVAA, *The free movement of workers within the European Union: Posting and the perspective of community coordination in the context of the Regulation 1408/71*, Creta 1995.

⁷ VVAA, *Relever le défi du changement. Le coordination de régimes modernisés de sécurité sociale en Europe et la libre circulation des personnes a l'intérieur de l'Union Européenne*, Noordwijk 1997, con artículos como por ejemplo el de N. DAUTZENBERG, «Impôts et Cotisations dans les Situations Transfrontalières», págs. 95 ss.; B. VON MAYDELL, «Tendances et Developpements dans les Régimes nationaux de Sécurité Sociale: Transfert de la forme et du contenu de la Sécurité Sociale du Secteur Public au Secteur Privé», págs. 11 ss.; M. WEEREPAS, «La Relation entre les Pays-Bas et la Belgique: Une Solution Practicable? Enquête sur la Question des Travailleurs Frontaliers aux Pays-Bas et en Belgique», págs. 113 ss. También VVAA, *The EG-Treaty and Regulation 1408/71*, Viena 1999, con el artículo de P. SCHOUKENS, «The situation of self-employed persons with a view to Article 43 (ex 52) and 49 (ex 59) of the EC-Treaty», págs. 136 ss.

encuentran todavía escasa atención frente a los grandes temas de la igualdad de género y de nacionalidad⁸, simplificación y perfeccionamiento de las normas comunitarias⁹, o, en fin, los abstrusos problemas surgidos de la adhesión de los países del Este y del Centro europeos¹⁰.

Conviene que hagamos ahora una breve enumeración de los grupos con carrera de seguro atípica, antes de avanzar en los aspectos objetivos. Unos existen a nivel nacional en todos los Estados miembros, mientras que otros deben su peculiaridad a la existencia de fronteras, y son por ello «comunitarios».

1. Entre los grupos nacionales hemos de tener en cuenta:

- a) El trabajo a tiempo parcial, para el que la Directiva 97/81/CE pide trato igual y proporcionalidad respecto a los trabajadores a tiempo completo, pero cuya fragmentación y aleatoriedad en la ocupación hace difícil que alcancen las cotizaciones suficientes para tener derecho a una pensión de jubilación o invalidez, y hasta una prestación por desempleo¹¹.
- b) El trabajo temporal, bien contratado directamente o a través de una empresa de trabajo temporal, para el que la Directiva 99/70/CE requiere también trato igual y proporcionalidad respecto a los trabajadores permanentes de la empresa, a pesar de lo cual los cambios de empresa y a veces de régimen aseguratorio, junto a los lapsos de inactividad, sugieren respuestas específicas en el tratamiento de sus carreras de seguro.
- c) El trabajo a distancia o teletrabajo, hace difícil el control del tiempo de trabajo de las personas que realizan su labor en el propio domicilio o, en todo caso, fuera del contacto directo con la empresa, por lo que la cuantía de las cotizaciones y por ende la de las prestaciones aseguratorias, así como la naturaleza de los accidentes y enfermedades que puedan sufrir, contienen elevadas dosis de incertidumbre.
- d) El trabajo marginal, de pocos días a la semana o al mes, se diferencia en varios países europeos del tiempo parcial, del cual es en principio una subespecie, porque viene excluido de pleno o en algunos aspectos de la cobertura aseguratoria. Sin embargo, no siempre son estudiantes quienes

⁸ VVAA, *La Sécurité Sociale en Europe. Égalité entre nationaux et non nationaux*, Oporto 1994.

⁹ VVAA (K. Kremalis, ed.), *Simplification and Systematisation of Social Protection Rules*, Atenas 1996; VVAA, *25 années de Règlement (CEE) No. 1408/71 sur la Sécurité Sociale des Travailleurs Migrants*, Estocolmo 1997.

¹⁰ VVAA (Y. Jorens y B. Schulte, ed), *Coordination of Social Security Schemes in Connection with the Accession of Central and Eastern European States*, Bruselas 1999. Centrado en la protección del desempleo, I. Tómes, «Las reformas sociales en los países de Europa Central y del Este en vísperas del siglo XXI», *Ponencias del VI Congreso Europeo de Derecho del Trabajo y Seguridad Social*, Varsovia 1999, págs. 291 ss.

¹¹ Cfr., por ejemplo, I. GONZÁLEZ DEL REY, *La Seguridad Social de los trabajadores a tiempo parcial*, Valencia 1998, *passim*.

lo realizan, sino a veces mujeres cabeza de familia o inmigrantes con responsabilidades familiares, de manera que la excusa para mantenerlos fuera del círculo protector de la Seguridad Social no siempre tiene fundamento. Incluso allí donde se les reconoce la cobertura plena, las cotizaciones que acreditan les impiden alcanzar las prestaciones más importantes, sobre todo en los países donde se exige un elevado umbral de cotizaciones para comenzar a percibir las cuantías mínimas.

- e) Los contratos de inserción, a veces equiparados a los de primer empleo, obtienen con frecuencia una menor protección aseguratoria, aunque no siempre tienen como sujetos a jóvenes amparados por el entorno familiar. Las dificultades para acreditar cotizaciones durante los primeros años de actividad laboral son también sufridas por trabajadores «en formación», ya sean aprendices de un oficio o titulados en prácticas.
 - f) Los autónomos, verdaderos o falsos, han tenido un desarrollo espectacular en los últimos años, y en algunos países han formado sindicatos cuya primera petición es el equipararse en protección aseguratoria a los trabajadores subordinados, lo cual plantea el sempiterno problema de la financiación.
2. Entre los grupos comunitarios hemos de tener en cuenta:
- a) Los fronterizos, con problemas de selección de la norma aplicable (*lex loci laboris* o *lex loci domicilii*?), en plena reflexión de las propuestas de diferenciar según que se trate de prestaciones sustitutorias o indemnizatorias (D. Pieters), y con una regulación comunitaria no plenamente satisfactoria¹². Su exclusión de la Seguridad Social por el país de residencia, y/o la imposición de tributos injustificados, ha motivado recientes condenas del Tribunal de Justicia Europeo¹³.
 - b) Los desplazados, verdaderos o falsos, con graves y antiguos problemas que se pusieron de manifiesto con la sentencia Rush Portuguesa de 1990 y que recientemente han sufrido el impacto masivo de las empresas de trabajo temporal internacional¹⁴: la legislación aplicable y el derecho a recaudar cotizaciones se mezclan en ellos con la cuestión de quién determina la naturaleza del trabajador en cuestión, aspectos todos ellos que, a

¹² Así, el desempleo parcial lo cubre el país del lugar de trabajo, pero el total lo cubre el de residencia: según la sentencia TJE de 13 de marzo de 2001, LAAT, el concepto de empleo total o parcial es comunitario, pero no ofrece una definición de ambos.

¹³ Sentencias (dos) de 15 de enero de 2000, Comisión Europea contra República Francesa.

¹⁴ Sentencias del Tribunal de Justicia Europeo MANPOWER 35/70 y FITWILLIAM C-202/1997. Véase un análisis del tema en HERRÁIZ MARTÍN, «Seguridad Social y libre circulación. Determinación de la legislación aplicable a los trabajadores interinos desplazados en otro Estado miembro», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asistencia Social* 26 (2000), 267 ss.

decir verdad, no obtienen adecuada respuesta en la Directiva 96/71/CE o la 98/49/CE¹⁵.

- c) Los extracomunitarios reciben un diverso tratamiento jurídico según pertenezcan al Espacio Económico Europeo, se encuentren en negociaciones de adhesión con la Unión Europea, disfruten de Acuerdos de Asociación, o sean nacionales de los restantes países, por más que guarden con algún Estado miembro lazos históricos excepcionales. La igualdad de trato se abre paso entre ellos con muchos matices, como lo indica el cambio de doctrina del TJE desde el asunto Grana Novoa de 1993 al Gottardo de 2002.
- d) Personas, en fin, con las que podríamos llamar «conexión transfronteriza débil», en concreto, los turistas y los pensionistas residentes en otro país¹⁶ comienzan a plantear arduas cuestiones de reconocimiento del seguro de dependencia¹⁷, de prestaciones no contributivas¹⁸, o de prestaciones familiares¹⁹, por no hablar de la cobertura y los reembolsos en asistencia sanitaria.

Ha dicho Servais que un problema esencial del mundo moderno radica en la adaptabilidad de la Seguridad Social a las nuevas categorías de trabajadores, pues los regímenes de asistencia social no los toman en cuenta convenientemente²⁰. No se trata ahora de los problemas de salud y dependencia de los mayores en una sociedad que envejece rápidamente²¹, sino de que lo atípico ha pasado a convertirse en estructural, y la Seguridad Social aún no se ha dado cuenta²². Cuando

¹⁵ Sobre el control de los desplazamientos de los trabajadores y la jurisdicción competente, Casas Baamonde, *Los desplazamientos temporales de los trabajadores en la Unión Europea y en el Espacio Económico Europeo*, Madrid 2001, págs. 103 y 137; GARRIGUES JIMÉNEZ, «Desplazamiento de trabajadores y pensiones complementarias. Comentario a la Directiva 98/49/CE del Consejo, de 29 de junio de 1998, relativa a la protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad», *Revista del Ministerio de Trabajo y Asistencia Social* 27 (2000), 159 ss.

¹⁶ OJEDA AVILÉS, «Las conexiones transfronterizas débiles. ¿De «zonas grises» a cuerpo central?», en INSTITUTO EUROPEO DE RELACIONES INDUSTRIALES (Ojeda Avilés, coord.), *Problemática española de la Seguridad Social Europea*, Granada 1999, págs. 61 ss.; del mismo, «The process of european integration in matters of social security: principles, goals, and means», en VVAA (Mückemberger, ed.), *Manifesto Social Europe*, Bruselas 2001, pág. 300.

¹⁷ Así, la Sentencia TJE 8 de marzo de 2001, Jauch, donde cambia de doctrina respecto a la Sentencia Molenaar.

¹⁸ Por ejemplo, Sentencia TJE de 25 de febrero de 1999, Robin Swadding.

¹⁹ Sentencia TJE 20 de marzo de 2000, Fahmi.

²⁰ *Droits en synergie sur le travail*, Bruselas, 1997, pág. 171.

²¹ FERRERAS ALONSO, «Reflexiones para la convergencia de los sistemas nacionales de protección social en Europa», *Relaciones Laborales* 4 (2001), págs. 45 ss. También G. STANDING, «Basic Security: A Redistribution Strategy», en VVAA, *Social Quality: A Vision for Europe*, The Hague 2001, págs. 237 ss. Una visión integral del bienestar social en la Amsterdam Declaration on Social Quality of Europe, *ibidem*, págs. 385 ss.

²² La naturaleza cambiante del trabajo, el envejecimiento de la población, el equilibrio de géneros, y la coordinación de los sistemas nacionales, constituyen las «key issues para la modernisation»

algunos sistemas nacionales de Seguridad Social exigen quince años para tener derecho a la pensión de jubilación en su cuantía mínima, o la coordinación de las prestaciones no contributivas depende de su inclusión en un anexo, entonces la cobertura de una parte creciente de la población europea frente a los riesgos sociales deviene una pura ilusión. Y esas nuevas categorías de trabajadores o de ciudadanos insuficientemente protegidos proliferan en un momento en que la Seguridad Social está en crisis como sistema solidario debido a razones como el envejecimiento de la población y la globalización. Las fórmulas contundentes, de capitalización o «pay as you go», plantean para estos grupos «atípicos» la incógnita de si pueden hacer frente por sí mismos a una carrera de seguro sólida y prolongada, necesaria para tener derecho a las prestaciones principales. Otras soluciones probablemente requieren mayor imaginación, pero responden mejor al modelo solidario europeo, y hemos legítimamente de esforzarnos en alcanzarlas. Cuestiones como la totalización de las cotizaciones entre el régimen general y los regímenes especiales, la coordinación comunitaria de los regímenes complementarios plasmados en la negociación colectiva, el mantenimiento de los derechos en caso de pluriactividad o pluriempleo, son únicamente parte del complejo problema del aseguramiento del mercado secundario de empleo, que es secundario sólo en cuanto al régimen jurídico, pero no en cuanto a la importancia numérica. Requisitos clásicos en muchos países, como el encontrarse afiliado y en alta en el momento de producirse el hecho causante, o la necesidad de haber cotizado un mínimo de meses o años para tener derecho a las prestaciones, necesitan también de soluciones valientes²³.

Tal es el marco en el que circularán las ideas en este Seminario de Toledo. Que yo sepa, es la primera vez que reciben un tratamiento conjunto y global, o al menos un análisis coordinado. La cultura europea se asienta, no solo en el respeto mutuo, sino también en la cooperación contra los infortunios. Estamos obligados a mejorar la Seguridad Social llevándola a esos colectivos situados en encrucijadas problemáticas, pero también a preservarla de los desequilibrios financieros. Sugerir mejoras teniendo en cuenta la limitación de recursos es un difícil ejercicio del cual trataremos de salir airoso.

propuestas por la Comisión Europea en su comunicado *Modernising and Improving Social Protection in the European Union*, Bruselas 12 de marzo de 1997 COM(97) 102 final. Ver también G. VOBRUBA, «Coping with Drastic Social Change: Europe and the US in Comparison», en VVAA, *Social Quality: a Vision for Europe*, págs. 251 ss.

²³ Como propone la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 16 de setiembre de 1996, GAYGUSUZ, al considerar las prestaciones como derecho de propiedad: *vide* H. VERSCHUEREN, «EC Social Security Coordination Excluding Third Country Nationals: still in line with Fundamental Rights after the Gaygusuz-judgment?», paper for the European Institute of Social Security Conference of 31.01.97 in Leuven (Belgien) on *Social Security, non-discrimination and property*, fotocopiado, y C. SÁNCHEZ RODAS, «La tutela de las prestaciones sociales como derecho de propiedad: el asunto Gaygusuz», *Revista Española de Derecho del Trabajo* 95 (1999), págs. 391 ss.